

Beata Najman¹

**Odstąpienie od wymierzenia kary w stosunku do tzw.
małego świadka koronnego
(art. 61 § 1 k.k.)**

Streszczenie

Artykuł rozpoczyna się od krótkiego rysu historycznego konstrukcji prawnej odstąpienia od wymierzenia kary oraz opisanie instytucji tzw. „małego świadka koronnego”. Następnie przedstawiono doktrynalne spory dotyczące warunków, jakie musi on spełnić, by móc otrzymać tę najdalej idącą koncesję, jeżeli chodzi o wymiar kary. Powołując się na wykładnię językową, systemową i celowościową, stwierdzono, że nie ma przeszkód do zastosowania instytucji z art. 61 § 1 k.k. przy braku zrealizowania jednego z zawartych w nim warunków. W dalszej kolejności poddano prawnocarnej analizie, posilując się dorobkiem orzecznictwa, owe przesłanki w postaci „podrzędnej roli w popełnieniu przestępstwa” oraz „przekazania informacji przyczyniających się do zapobieżenia popełnieniu innego przestępstwa”. Na koniec wskazano na otwarty katalog przesłanek do skorzystania z art. 61 § 1 k.k. oraz zaprezentowano uwagi krytyczne dotyczące planowanego ongiś uzależnienia stosowania instytucji odstąpienia od wymierzenia kary od stosownego wniosku oskarżyciela publicznego.

Summary

Article begins with a brief historical outline of the legal structure of withdrawal from punishment and description of institution of so-called

¹ Autorka jest doktorantką w Katedrze Postępowania Karnego i Kryminalistyki Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego i członkiem Koła Naukowego Prawa Karnego WPiA UŁ.

"small crown witness". This is followed by doctrinal disputes about the conditions they have to meet in order to be able to get this far-reaching concession when it comes to sentencing. While referring to the literal, systemic and teleological interpretation it was found that there is no obstacle to the application of the institution of art. 61 § 1 of the Penal Code in the absence of fulfilment of one of the conditions contained therein. Subsequently, an analysis from the point of criminal law was conducted, basing on the existing case-law such conditions as "an insignificant role in the offense" and "to provide information contributing to prevent the commission of another crime". At the end of the open preconditions directory to take advantage of Art. 61 § 1 of the Penal Code was indicated and criticism of once planned conditioning application of the institution of withdrawal from inflicting punishment on the relevant request the public prosecutor was presented.

1.Wprowadzenie

Zanim Kodeks karny z 1969 r. wprowadził możliwość odstąpienia od wymierzenia kary, podobna regulacja mieściła się już w kodyfikacji karnej z 1932 r. Co prawda kodeks ten nie określał dosłownie omawianej instytucji, jednakże przewidywał możliwość „uwolnienia od kary”, m.in. w art. 21 § 2, w razie przekroczenia granic obrony koniecznej. W uzasadnieniu do tej kodyfikacji próżno szukać, czym kierował się ustawodawca wprowadzając taką możliwość. W ówczesnej doktrynie prawa przekonywano jednak, że za pomocą odstąpienia od wymiaru kary można osiągnąć wyniki lepsze niż te, które by mógł spowodować szablonowy wymiar kary². W art. 56 k.k. z 1969 r. ustawodawca zezwolił *expressis verbis* na fakultatywne odstąpienie od wymierzenia kary w wypadkach wskazanych w ustawie. Odstąpienie to mogło polegać albo na całkowitym darowaniu dolegliwości karnej, albo na rezygnacji z kary zasadniczej, co nie stało na przeszkodzie orzeczeniu kary dodatkowej, jeżeli zachodziły warunki do jej wymierzenia, stanowiąc *novum* w stosunku do poprzedniej regulacji. Za taką konstrukcją prawną przemawiała m.in. realizacja koncepcji rezygnacji z orzekania kary w

² J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 226; Por. S. Śliwiński, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 513.

stosunku do sprawcy drobnego przestępstwa³ oraz pogłębienie indywidualizacji sędziowskiego wymiaru kary⁴. Należy jednak skonstatować, że w okresie obowiązywania kodyfikacji karnej z 1969 r. odstąpienie od wymierzenia kary nie odegrało w praktyce wymiaru sprawiedliwości znaczącej roli⁵. Przed dokonaniem analizy rezygnacji z ukarania małego świadka koronnego należy zaznaczyć, iż na podstawie art. 61 § 1 k.k. sąd może odstąpić od wymierzenia kary w wypadkach przewidzianych w ustawie. Kodeks karny przewiduje taką możliwość zarówno w części ogólnej, jak i szczególnej. Instytucja odstąpienia od ukarania jest co do zasady fakultatywna. Istnieje jeden przypadek obligatoryjnego uwzględnienia tego najdalej idącego przywileju w wymiarze kary – przekroczenie granic obrony koniecznej, gdy było to wynikiem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu (art. 25 § 3 k.k.). Obok generalnego sformułowania „w wypadkach przewidzianych w ustawie”, legislator zdecydował się na wyróżnienie jednej sytuacji, a mianowicie zastosowanie wobec sprawcy regulacji zawartej w art. 60 § 3 k.k. Brak uwzględnienia podstawy z art. 60 § 4 k.k. traktowany jest w doktrynie prawa karnego jako niekonsekwencja ustawodawcy⁶.

2. *Ratio legis* instytucji

Instytucja odstąpienia od wymierzenia kary znajduje więc swoje zastosowanie do małego świadka koronnego. Zakres podmiotowy konstrukcji z art. 60 § 3 k.k. nie zostaje w żaden sposób ograniczony. Sprawca, aby stać się jej beneficjentem, musi jedynie przy popełnieniu

³ B. Kunicka-Michalska, *Warunkowe umorzenie postępowania karnego w latach 1970–1977*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1982, s. 97.

⁴ J. Waszczyński, *Kary dodatkowe w nowym kodeksie karnym*, PiP 1969, z. 10, s. 526; W. Świda, *Projekt kodeksu karnego z 1983 roku ze stanowiska polityki kryminalnej*, 4–5/PiP 1969, s. 624.

⁵ P. Gensikowski, *Odstąpienie od wymierzenia kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2011, s. 42; Zob. więcej A. Staczyńska, *Odstąpienie od wymierzenia kary (art. 56 k.k.)*, 12/ZNIBPS 1979, s. 42 i n.; tejże, *Samoistna kara dodatkowa w orzecznictwie sądów*, NP 3/1979, s. 55.

⁶ Z. Cwiakalski, *Zasady wymiaru kary i środków karnych*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2012, s. 867; M. Surkont, *Szczególne podstawy i sposób łagodzenia kary z art. 60 § 3–5 i art. 61 k.k.*, PS 11–12/1999, s. 48.

przestępstwa współdziałać z innymi osobami. Brzmienie art. 60 § 3 k.k. nakazuje przyjąć, iż swoim szerokim zasięgiem obejmuje sprawców popełniających czyny zabronione we wszystkich postaciach zjawiskowych, w konfiguracjach wieloosobowych, oraz członków zorganizowanych grup i związków przestępczych, a także innych kryminogennych struktur, niezależnie od ich roli i pozycji w organizacji przestępczej. Oprócz wymienionego warunku koniecznego w postaci współdziałania z co najmniej dwiema osobami, przepis ten nie zawiera żadnych restrykcji, dotyczących zakresu podmiotowego potencjalnego małego świadka koronnego.

Ratio legis powołania tej instytucji do k.k. stanowiło rozbicie solidarności grupy przestępczej, ale i nadmienione na początku prowadzonych rozważań historyczne regulacje stanowiły również instrumenty prawne przeciwdziałające wszelkim odmianom przestępczości grupowej. W pracach nad obowiązującym k.k. skupiono się na zwiększeniu efektywności zwalczania tego rodzaju przestępczości, co zaowocowało nowym brzmieniem art. 61 k.k. Z uzasadnienia projektu k.k. z 1997 r. wynika, że wprowadza on w związku ze zwalczaniem przestępczości zorganizowanej szczególny przypadek odstąpienia od wymiaru kary. Dotyczy on sprawcy, który ujawnił i przekazał informacje o osobach i okolicznościach popełnionego we współdziałaniu przestępstwa, a jego rola była podrzędna, zaś informacje przyczyniły się do zapobieżenia popełnieniu innego przestępstwa. W nowej polityce karnej chodzi bowiem nie tyle o surową represję wobec sprawcy, ale o społeczne korzyści związane z zapobiegnięciem innym przestępstwom⁷. Oprócz odstąpienia od wymierzenia kary (art. 61 § 1 k.k.) sąd może także odstąpić od wymierzenia obligatoryjnego środka karnego (art. 61 § 2 k.k.). Należy pamiętać, że mały świadek koronny może liczyć również na przywileje wynikające z art. 60 § 3 k.k. w postaci nadzwyczajnego złagodzenia kary oraz warunkowego zawieszenia jej wykonania.

3. Warunki stosowania odstąpienia od wymierzenia kary

⁷ Uzasadnienie rządowego projektu nowego k.k. [w:] *Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego, Kodeks karny wykonawczy*, Warszawa 1997, s. 156.

Podkreślenia wymaga fakt, iż gratyfikacja w wymiarze kary, polegająca na nadzwyczajnym jej złagodzeniu, wynikająca z przepisu o małym świadku koronnym, ma charakter obligatoryjny, w przeciwieństwie do fakultatywnej całkowitej rezygnacji z wymierzenia sankcji karnej. Oznacza to, że pomimo spełnienia ustawowych przesłanek, sąd może nie zastosować wobec sprawcy instytucji z art. 61 k.k. i nie będzie to stanowiło obrazy przepisów prawa materialnego. Tak też rozstrzygnął jeden z sądów apelacyjnych w wyroku zapadłym na tle art. 57 § 2 d.k.k., który był niejako poprzednikiem obecnej regulacji. Sąd stwierdził, że obraza prawa materialnego oznacza bądź niepostąpienie przez sąd zgodnie z ustawowym nakazem, bądź też postąpienie wbrew wyraźnemu ustawowemu zakazowi. Obrazy takiej nie stanowi natomiast skorzystanie przez sąd z przysługującej mu możliwości określonego postępowania. Wobec tego, że art. 57 § 2 k.k. przewiduje tylko możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary, jego zastosowanie pozostawione jest uznaniu sądu orzekającego⁸. Sąd wymierza karę biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego (art. 53 § 1 k.k.). Wydanie więc orzeczenia z uwzględnieniem tej najdalej idącej koncesji w wymiarze kary, wynikającej z art. 61 § 1 k.k., powinno zapaść, jeżeli zrealizowanie wymienionych celów nie jest konieczne.

Regulacja zawarta w art. 61 k.k. daje sądowi możliwość najłagodniejszego potraktowania sprawcy w zakresie wymiaru kary. Sąd rozważając taką opcję, powinien w pierwszej kolejności przeanalizować zasadność orzeczenia kary nadzwyczajnie złagodzonej jako instytucji wystarczającej do osiągnięcia celów kary w konkretnej sprawie⁹. Należy zaznaczyć, że dla zastosowania omawianego przywileju konieczne jest spełnienie warunków określonych w art. 60 § 3 k.k., co ustawodawca wyraził *expressis verbis*. Jednak już na tym etapie powstają trudności interpretacyjne, a mianowicie: czy dla takiego uprzywilejowania sprawcy przestępstwa wystarczy samo nadanie mu statusu małego świadka koronnego, czy konieczne jest spełnienie dodatkowych przesłanek.

⁸ Wyrok SA w Poznaniu z 28 listopada 1996 r., II AKa 398/96, OSA 6/1997, poz. 22.

⁹ G. Łabuda, *Zasady wymiaru kary i środków karnych*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012, s. 438.

Stanowisko jednoczesnego realizowania przesłanek instytucji małego świadka koronnego oraz wynikających z art. 61 § 1 k.k. dla możliwości odstępiania od wymiaru kary ma swoich zwolenników, jak i przeciwników. P. Gensikowski słusznie uważa, że skoro odstępianie od ukarania jest dalej idącą instytucją regresji karania niż nadzwyczajne złagodzenie kary, to sprawca chcący skorzystać z instytucji opisanej w art. 61 k.k. musi, poza przesłankami określonymi w art. 60 § 3 k.k., spełnić dodatkowe warunki¹⁰. Oponenti tego stanowiska uważają, że warunki – takie jak podrzędna rola sprawcy w popełnionym przestępstwie i zapobieżenie innemu przestępstwu – nie stanowią bezwzględnych wymogów zastosowania instytucji odstępiania od wymierzenia kary. Oznacza to, że sąd bez żadnych przeszkód może zrezygnować z karania sprawcy spełniającego przesłanki z art. 60 § 3 k.k., nawet jeżeli nie spełnił dodatkowych warunków z art. 61 § 1 k.k.¹¹ Użyte przez legislatora sformułowanie stanowi przykład sytuacji, gdy zdaniem ustawodawcy, podjęcie takiej decyzji jest szczególnie uzasadnione¹². Dla aprobujących taką interpretację również redakcja artykułu statuującego o omawianym przywileju w postaci rezygnacji z karalności wskazuje, że do jego zastosowania wystarczy sam fakt bycia małym świadkiem koronnym, a zwrot „zwłaszcza” oznacza jedynie preferencje¹³, a nie wymogi obligatoryjne do spełnienia.

Oprócz kontrowersji wobec wymogu kumulatywnego spełnienia warunków wpływających z obydwu wskazanych wyżej przepisów, rozbieżności interpretacyjne powstają również na tle przesłanek zawartych w samym art. 61 § 1 k.k. Poglądy doktryny są podzielone co do obowiązku jednoczesnego spełnienia warunków zawartych w tym przepisie dla możliwości rezygnacji z wymiaru kary, a mianowicie „rola sprawcy w

¹⁰ P. Gensikowski, *Odstąpienie od ukarania wobec tzw. małego świadka koronnego*, Prok.iPr. 2/2011, s. 24; Identyczne stanowisko wyrażają J.K. Paśkiewicz, *Świadek koronny in sua causa oraz in altera causa (art. 60 § 3-5 i art. 61 k.k.)*, Prok.iPr. 12/2001, s. 61; Z. Cwiakalski, *Zasady wymiaru kary i środków karnych...*, s. 867.

¹¹ Por. M. Kuźma, *Prawnokarne aspekty instytucji świadka koronnego in sua causa oraz in altera causa (art. 60 § 3-4 i art. 61 k.k.)*, [w:] *Nowa kodyfikacja prawa karnego. Tom XVIII*, Wrocław 2005, s. 152–153.

¹² P. Hofmański, L.K. Paprzycki, *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2012, s. 319.

¹³ Z. Sienkiewicz, *Kodeks karny. Komentarz, Tom I*, O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski i in., Gdańsk 2005, s. 565.

popelnieniu przestępstwa była podrzędna, a przekazane informacje przyczyniły się do zapobieżenia popelnieniu innego przestępstwa” (art. 61 § 1 k.k. *in fine*).

Jedna z przedstawicielek nauki prawa karnego argumentuje za wymogiem nierozdzielnego zrealizowania wymienionych przesłanek i stwierdza, że wymienione w art. 61 § 1 k.k. warunki, potraktowane jako preferencje w stosowaniu odstępiania od orzeczenia kary, muszą być spełnione łącznie, a użyty w przepisie zwrot „zwłaszcza” wskazuje tylko przykładowe okoliczności, które uzasadniają zastosowanie tego najdalej idącego przywileju przy wymiarze kary¹⁴. Oznacza to, że mogą wystąpić także inne kryteria za nim przemawiające, jednakże takie, które dodatkowo muszą zostać spełnione. Nadmieniony pogląd nie jest w doktrynie odosobniony i ma swoich zwolenników¹⁵. Odwołując się jednak do wykładni językowej omawianej regulacji, należy zająć odmienne stanowisko. Zasadna wydaje się interpretacja wyrażenia „zwłaszcza” – nie jako wskazujące na bezwzględnie wymagany warunek wystąpienia obu przesłanek łącznie, tylko jako przykładowe wskazanie najbardziej typowych okoliczności, od których zależy rezygnacja z ukarania sprawcy¹⁶. Wyrażenie to w języku polskim nie jest spójnikiem, lecz partykułą, dla której synonimami są słowa: „szczególnie, głównie, specjalnie, przede wszystkim, tym bardziej”¹⁷ i umieszczenie go przed analizowanymi przesłankami decyduje o braku wymogu kumulatywnego ich spełnienia. Nie ma więc przeszkód do zastosowania instytucji z art. 61 § 1 k.k. przy braku zrealizowania jednego z zaproponowanych warunków. Za tym stanowiskiem może przemawiać również użyty przez legislatora spójnik „a” zamieszczony pomiędzy omawianymi przesłankami. Ta część zdania ma na celu zespajać zdania lub ich części, uwydatniając ich związki treściowe, przy czym związki te mogą mieć jednak charakter ścisły, bądź bardziej luźny¹⁸. Z uwagi na odnoszenie się przesłanek z art. 61 § 1 k.k. do zupełnie różnych kwestii, w szczególności inaczej rozmieszczonych w czasie,

¹⁴ J.K. Paśkiewicz, *op.cit.*, s. 61.

¹⁵ G. Łabuda, *op.cit.*, s. 439.

¹⁶ Z. Ćwiąkałski, *Wybrane problemy wymiaru kary za przestępczość zorganizowaną*, Prok.iPr. 12/2001, s. 20.

¹⁷ M. Szymczak, *Słownik języka polskiego*, t. III, Warszawa 1992, s. 1074.

¹⁸ Tenże, *Słownik języka polskiego*, t. I, Warszawa 1992, s. 1.

mianowicie jedna z nich do momentu popełnienia przestępstwa, tzn. zakresu podmiotowego omawianej regulacji, a druga do zachowania sprawcy po jego popełnieniu, to należy stwierdzić, że występuje pomiędzy nimi luźny związek treściowy. Wniosek taki zdecydowanie nie określa obligatoryjnego spełnienia przesłanek jednocześnie.

Odnosząc się do kolejnej w hierarchii wykładni systemowej, na koncepcję wymogu łącznego spełnienia przesłanek mógłby wskazywać również wniosek wynikający z porównania treści art. 61 § 1 k.k. z art. 299 § 8 k.k., gdzie ustawodawca samoistnie wprowadził „zapobieżenie popełnieniu przestępstwa” jako obligatoryjną przesłankę dla skorzystania z ustawowej klauzuli niekaralności. Z uwagi jednak na ewidentne różnice *ratio legis* porównywanych regulacji, ich umiejscowienie w k.k. oraz niejednorodne stosowanie instytucji, wykluczone jest wyciągnięcie wspólnych wniosków. Odwołanie się więc do tego rodzaju wykładni nie przemawia za istnieniem obowiązku kumulatywnego spełnienia przesłanek dla odstąpienia od wymierzenia sankcji karnej.

Nie można pominąć odwołania się do wykładni celowościowej przy interpretacji tego spornego zagadnienia. Prezentowane w literaturze przedmiotu stanowisko, które należy podzielić, opiera się na nieistnieniu obowiązku łącznego spełnienia warunków wynikających z art. 61 § 1 k.k. Chociaż brzmienie przepisu wskazuje, że zawarte w nim przesłanki pozostają w koniunkcji, to *ratio legis* instytucji odstąpienia od wymierzenia kary zezwala na korzystną dla sprawcy interpretację. W przeciwnym razie stosowanie instytucji prowadziłoby do istotnego ograniczenia o charakterze podmiotowym¹⁹. Chodzi o dodatkowy wymóg w postaci zapobieżenia innemu przestępstwu. Należy zauważyć, że jeżeli przestępstwo zostało popełnione w ramach zorganizowanej struktury przestępczej, która miała na celu popełnianie kolejnych czynów zabronionych, obowiązek ujawnienia dotyczących ich informacji jest zasadny. Przedstawienie organowi takich wiadomości z pewnością przyczyni się do uniemożliwienia prowadzenia grupie dalszej działalności przestępczej, a tym samym spowoduje zastosowanie najłagodniejszego przywileju w stosunku do

¹⁹ P. Gensikowski, *Odstąpienie od ukarania wobec tzw. małego świadka koronnego...*, s. 30.

współdziałającego sprawcy. Można jednak wyobrazić sobie sytuację, iż przestępca chcący się ubiegać o tę koncesję w wymiarze kary, co prawda popełniał przestępstwa, ale wraz z innymi współdziałającymi nie planowali dopuszczania się kolejnych czynów zabronionych. Tak więc, chociaż podane przez niego informacje posiadają walor istotności, to nie przyczynią się do zapobieżenia kolejnemu przestępstwu, gdyż takie zagrożenie w ogóle nie występuje. Trudno jest racjonalnie uzasadnić, dlaczego sprawca, który nie ma zamiaru prowadzenia dalszej działalności przestępczej, zostaje wyłączony z kręgu przestępców uprzywilejowanych, podczas gdy sprawca, który planował dalsze popełnianie przestępstw, może liczyć nawet na odstąpienie od wymiaru kary. Z powyższych przyczyn należy przyznać prymat wykładni celowościowej, z której wynika, że nie istnieje wymóg kumulatywnego spełnienia przesłanek z art. 61 § 1 k.k. dla odstąpienia od wymiaru kary. W doktrynie został zgłoszony postulat *de lege ferenda*, by spójnik „a” zastąpić spójnikiem „albo”²⁰. Wydaje się, że nowelizacja przepisu w tym kierunku rozwiązałaby dyskusje przytoczone w zaprezentowanym wywodzie, a tym samym zniwelowała konieczność odwoływania się do wykładni celowościowej zagadnienia, która ustępuje dyrektywom językowym.

3.1 Podrzędna rola sprawcy w popełnieniu przestępstwa

Już kodeks karny z 1969 roku posługiwał się wyrażeniem „podrzędnej roli sprawcy w popełnieniu przestępstwa”. Mianowicie w art. 57 § 2 pkt 2 d.k.k. ustawodawca zezwolił sądowi na fakultatywne zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary w wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych wypadkach, kiedy nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa w stosunku do sprawcy przestępstwa popełnionego we współdziałaniu z innymi osobami, jeżeli jego rola była podrzędna, a odniesiona przez niego bezprawna korzyść była niewielka (art. 57 § 2 pkt 2 d.k.k.). Na tle przytoczonej regulacji prawnej wypowiedział się sąd apelacyjny w Krakowie wyjaśniając, że rola podrzędna w popełnieniu przestępstwa to rola znacznie mniejsza od roli

²⁰ V. Konarska-Wrzosek, *Prawnokarne środki walki z przestępczością zawodową i zorganizowaną przewidziane w kodeksie karnym*, Prok.iPr. 3/2000, s. 47.

innego sprawcy, rola mało znacząca, a nie tylko nieco ustępująca aktywnością sprawcy wiodącemu. Chodzi tu o znaczną – a nie jakąkolwiek – dysproporcję ról różnych sprawców²¹. Wyrażenie „podrzędny” jest rozumiane w języku polskim jako „mało znaczący, zajmujący w stosunku do innych mniej ważne miejsce, drugorzędną pozycję”²². Z uwagi na to należy stwierdzić, że sprawca kierowniczy, który niewątpliwie nie pełni roli drugorzędnej, podobnie jak sprawca polecający, nie zasługuje na przywileje w postaci odstąpienia od wymierzenia kary. Wykorzystanie uzależnienia drugiej osoby czy przywództwo nad działalnością przestępczą zdecydowanie nie powinny w żaden sposób zostać nagrodzone i co do tego zagadnienia doktryna jest wyjątkowo zgodna²³. Jednakże kwestią wątpliwą pozostaje przypisanie do kręgu podmiotów korzystających z dobrodziejstw w wymiarze kary podżegaczy, pomocników czy współsprawców. W doktrynie podnoszony jest pogląd, który wyklucza możliwość odstąpienia od ukarania w stosunku do nadmienionych podmiotów. Stanowisko to nie zasługuje na aprobatę. Jego zwolennicy argumentują, iż trudno mówić sensownie o „podrzednym podżegaczu”, a tym bardziej „podrzednym współsprawcy”, gdyż pojęcie „współsprawcy, którego rola w popełnieniu przestępstwa był podrzędna”, traci wewnętrzną sprzecznością²⁴. Nie można podzielić tego stanowiska chociażby ze względu na wykładnię językową pojęcia. Nadmienione zostało, iż sformułowanie „podrzedna rola” oznacza zajmowanie w stosunku do innych mniej ważnego miejsca. Czy nie można sobie wyobrazić sytuacji, w której podżegacz czy pomocnik pełni rolę drugorzędną? Wydaje się, że w wielu przypadkach tak właśnie będzie. Podżegacz, którego rola w popełnieniu przestępstwa kończy się na daniu impulsu do działalności kryminalnej, a która to działalność rozrasta się następnie do znaczących rozmiarów, nie powinien doznawać przeszkód co do rezygnacji z wymierzenia wobec niego sankcji karnej. Oczywiście zawsze możliwa jest również sytuacja odwrotna, kiedy pomocnik ułatwia popełnienie przestępstwa w znaczący sposób lub współsprawca podejmuje

²¹ Wyrok SA w Krakowie z 5.08.1998r., II AKa 148/98, KZS 1998, z. 9, poz. 15.

²² M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. II, Warszawa 1992, s. 747.

²³ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 208; Z. Sienkiewicz, *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski i in., Gdańsk 2002/2003, s. 535;

²⁴ K. Szmidt, *Odpowiedzialność karna za przestępne współdziałanie na tle kodeksu karnego z 1997 r.*, Czołki 1999, nr 2, s. 117.

takie działania, bez których w ogóle nie doszłoby do popełnienia czynu zabronionego. W takim wyjątkowym wypadku niemożliwość odstąpienia od ukarania wydaje się uzasadniona. Nie należy więc w ten sposób ograniczać kręgu podmiotów, wobec których możliwe jest odstąpienie od wymierzenia kary, a przyjąć inne stanowisko zbudowane przez naukę prawa karnego. Opiera się ono na twierdzeniu, że przywileje wynikające z art. 61 § 1 k.k. nie przysługują tylko takiemu współsprawcy, którego udział w popełnieniu przestępstwa był istotny²⁵. Nie jest zasadne stosowanie omawianej instytucji wobec podżegacza odgrywającego bardziej istotną rolę w popełnieniu przestępstwa od innych sprawców. Zaprezentowane, kompromisowe rozwiązanie wydaje się więc bardziej racjonalne.

Należy się również zgodzić z innym stanowiskiem wyrażonym w doktrynie, a mianowicie, że przypisywanie sprawcom ich roli w popełnieniu przestępstwa nie może ograniczać się do formalnego ujęcia przestępstwa. Dla określenia, czy rola sprawcy była podrzędna czy istotna, nieważne jest jego usytuowanie w strukturze grupy czy związku, czego znakomitym przykładem są tzw. słupy, czyli najczęściej prezesi zarządów spółek kapitałowych, których jedyną rolą jest podpisywanie przedłożonych im dokumentów, służących następnie do popełnienia przestępstw²⁶. Z ustawy nie wynika również, by recydywiści lub multirecydywiści zostali wykluczeni z możliwości odstąpienia od wymiaru kary, w przeciwieństwie do zastosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary. Ten środek poddania sprawcy próbie nie może zostać orzeczony w stosunku do skazanych z art. 64 § 2 k.k. oraz art. 65 k.k. Uprzednia karalność natomiast nie jest argumentem ograniczającym stosowanie dobrodziejstw wynikających z art. 61 § 1 k.k.

3.2 Podanie informacji przyczyniających się do zapobieżenia popełnieniu innego przestępstwa

Ustawodawca obok przesłanki podrzędnej roli sprawcy, wśród preferencji do najłagodniejszego potraktowania małego świadka koronnego, wymienił również sytuację, w której przekazane przez sprawcę informacje

²⁵ A. Marek, *op.cit.*, s. 208.

²⁶ G. Łabuda, *op.cit.*, s. 439.

przyczyniły się do zapobieżenia popełnieniu innego przestępstwa. Samo sformułowanie „inne” wskazuje, że nie chodzi o przestępstwo, które już zostało ujawnione tylko takie, które dopiero było planowane lub nawet nie było konkretnych postanowień co do jego popełnienia, ale można zasadnie przypuszczać, że pozostałe osoby z siatki przestępczej nadal będą prowadzić działalność kryminalną. Dla zastosowania art. 61 § 1 k.k. nieważne jest również, kto ma popełnić przestępstwo, które finalnie zostanie udaremnione. Może to być zatem czyn zabroniony, którego znamiona miał wypełnić sam sprawca, inne osoby współdziałające w popełnieniu przestępstwa lub ktoś całkiem inny²⁷. Nie jest również istotne, czy zachodzi związek między przestępstwem już ujawnionym a tym, któremu zdoła się zapobiec dzięki informacjom uzyskanym od małego świadka koronnego.

Należy również zaznaczyć, że podane przez sprawcę informacje mają się przyczynić do uniemożliwienia popełnienia przestępstwa. Oznacza to, iż nie istnieje warunek dla zastosowania koncesji wynikającej z art. 61 § 1 k.k., by wyłącznie dzięki ujawnionym dyspozycjom miało dojść do powstrzymania sprawcy tego innego przestępstwa. Chodzi o to, aby mały świadek koronny ujawniając informacje na temat przyszłej działalności przestępczej, podał takie wiadomości, które pozwolą organom ścigania zrealizować przesłankę z omawianego artykułu. Organy zajmujące się prowadzeniem postępowania przygotowawczego mogą posiadać już informacje na temat możliwości popełnienia czynu zabronionego, np. co do osoby czy czasu, jednakże ujawniona wiadomość, np. o miejscu zdarzenia, staje się środkiem do zapobieżenia popełnieniu przestępstwa. Jako przykład można podać informacje uzyskane przez organy ścigania poprzez kontrolę i utrwalanie rozmów o planowanej transakcji narkotykowej, która zajdzie między znanymi osobami i o znanej porze, natomiast podawane w rozmowach miejsce tego zdarzenia nie jest prawdziwym, tzn. przestępcy umawiają się w innym ustalonym miejscu, niż wynika to z podsłuchanych dialogów. W takiej sytuacji informacja uzyskana od małego świadka koronnego co do zwyczajowego miejsca odbywania się takich spotkań bez wątplenia pozwala udaremnąć popełnienie przestępstwa, a tym samym

²⁷ Z. Ćwiąkański, *Zasady wymiaru kary i środków karnych...*, s. 867.

powoduje możliwość zastosowania wobec niego instytucji odstąpienia od wymiaru kary. Wydaje się, że z zapobieżeniem popełnieniu innego przestępstwa będziemy mieć do czynienia również wówczas, gdy informacje przekazane przez sprawcę zdobędą także członkowie grupy lub związku, którzy wobec groźby ujęcia poniekąd realizacją zaplanowanych uprzednio przestępstw („zamrozą” działalność przestępczą na pewien okres)²⁸.

W piśmiennictwie wyrażany jest także pogląd, zgodnie z którym warunkiem koniecznym do zastosowania przywileju z art. 61 § 1 k.k. jest faktyczne zapobieżenie przestępstwu, a nie tylko, żeby czyniono w tym kierunku bezskuteczne starania²⁹. Zaprezentowane stanowisko wydaje się jednak dyskusyjne. Nie jest uzasadniona odmowa odstąpienia od wymierzenia kary w stosunku do małego świadka koronnego, który pełnił rolę podrzędną i ujawnił stosowne informacje, natomiast przez zlekceważenie lub nieefektywną pracę organów ścigania nie doszło do udaremnienia popełnienia czynu zabronionego. Sprawca, który liczył na przywileje w wymiarze kary, i ze swojej strony uczynił wszystko należycie, by mógł z nich skorzystać, nie powinien tracić tej możliwości z powodów od niego niezależnych.

4. Otwarty katalog przesłanek z art. 61 § 1 k.k. oraz jego stosowanie z urzędu

Podkreślając konkluzję uznającą wyrażenie „zwłaszcza” jako przykładowe wskazanie najbardziej typowych okoliczności, należy zaznaczyć, że wymienione w art. 61 § 1 k.k. przesłanki nie stanowią katalogu zamkniętego. Oznacza to, że mogą istnieć inne przypadki, w których sąd uzna, iż odstąpienie od wymierzenia kary w stosunku do małego świadka koronnego będzie zasadne. W języku polskim wyrażenie „zwłaszcza” jest synonimiczne w stosunku do wyrażenia „w szczególności”, jak to już zostało wcześniej zaznaczone, dlatego na aprobatę zasługuje wyrok Sądu Najwyższego z 1981 r., w którym skonstatował, że przepis art. 57 § 2 d.k.k. nie zawiera enumeratywnego wyliczenia wypadków stanowiących jedyną

²⁸ G. Łabuda, *op.cit.*, s. 439.

²⁹ Z. Cwiakalski, *Zasady wymiaru kary i środków karnych...*, s. 784.

możliwość uzasadniającą jego zastosowanie. Jak to już niejednokrotnie wyjaśniał SN, wymienione w nim wypadki zostały podane przykładowo, na co wskazuje w tym przepisie określenie „w szczególności”, poprzedzające ich wyliczenie. W tym znaczeniu każda okoliczność, która w konkretnej sprawie będzie miała charakter okoliczności wyjątkowej, może być poczytana za podstawę do nadzwyczajnego złagodzenia kary³⁰. Odwołując się do wersji historycznej omawianego przepisu, sąd mógł zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych wypadkach, kiedy nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa w stosunku do sprawcy przestępstwa popełnionego we współdziałaniu z innymi osobami, jeżeli jego rola była podrzędna, a odniesiona przez niego bezprawna korzyść była niewielka (art. 57 § 2 pkt 2 d.k.k.). Zasadne wydaje się uznanie nadmienionej okoliczności jako uzasadniającej zastosowanie przywilejów z art. 61 § 1 k.k. w obowiązującym stanie prawnym, tym bardziej, że obecna regulacja nawiązuje do tej z 1996 r.

SN również wskazał na sytuację, która uprawnia sąd do orzeczenia omawianego tu przywileju. Dobrowolne naprawienie szkody w całości przez sprawcę przestępstwa, o którym mowa w art. 295 § 1 k.k., oraz ujawnienie istotnych okoliczności dotyczących tego przestępstwa, nieznanymi organowi ścigania przed wszczęciem postępowania karnego, to istotne powody uzasadniające odstąpienie od wymierzenia kary i w przypadku ich ustalenia, sąd zobowiązany jest do zastosowania tej instytucji, pomimo że ma ona charakter fakultatywny³¹. Chociaż na początku prowadzonego wywodu zostało podkreślone, że sąd który nie odstąpił od wymierzenia kary, nie dopuszcza się obrazy prawa materialnego, to nie wyklucza się zasadności zarzutów podniesionych w apelacji czy kasacji (przy uwzględnieniu z warunków wynikających z art. 523 § 1 k.p.k.), takich jak błąd w ustaleniach faktycznych, obraza prawa procesowego, a także rażącej niewspółmierności kary lub niesłusznego zastosowania albo niezastosowania środka zabezpieczającego lub innego środka. Przy czym zarzuty te musiały spowodować, że sąd nie podjął

³⁰ Wyrok SN z 10 czerwca 1981 r., V KRN 72/81, OSNPG 12/1981, poz. 131.

³¹ Wyrok SN z 12 grudnia 2003 r., WA 58/03, OSNwSK 1/2003, poz. 2703.

właściwej decyzji z uwagi na nienależytą staranność w procedowaniu. Treść nadmienionego orzeczenia wskazuje właśnie na sytuację, kiedy sąd pomimo fakultatywności instytucji, powinien ją bezwzględnie zastosować.

Należy zaznaczyć, że zastosowanie instytucji opisanej w art. 61 § 1 k.k. nie jest uzależnione od złożenia jakiegokolwiek wniosku ze strony oskarżyciela. Tym bardziej niewyrażenie takiej inicjatywy przez prokuratora nie stoi na przeszkodzie odstąpieniu od wymierzenia kary przez sąd. W rządowym projekcie ustawy z dnia 18 maja 2007 r. o zmianie Kodeksu karnego zaproponowano, by możliwość realizacji wobec sprawcy gratyfikacji zawartej w art. 61 § 1 k.k. była jednak uzależniona od stosownego wniosku oskarżyciela publicznego³². Twórcy projektu argumentowali, iż zmiana odnosząca się do art. 61 § 1 k.k. ma charakter dostosowawczy i jest uzasadniona koniecznością wyjaśnienia przez prokuratora wszystkich okoliczności sprawy, co bez odpowiedniej zachęty w postaci ewentualnego odstąpienia od wymierzenia kary może nie być możliwe³³. Należy stwierdzić, iż proponowane zmiany słusznie nie zostały wprowadzone do Kodeksu. W literaturze przedmiotu pojawiły się głosy krytykujące, że zaprezentowane rozwiązanie prowadziłoby do zawężenia samodzielności jurysdykcyjnej sądu oraz przyczyniłoby się do marginalizacji instytucji odstąpienia od ukarania³⁴. Jako argumenty podaje się sytuację, gdy sąd w trakcie toczącego się postępowania dochodzi do przekonania, że oskarżony zasługuje na skazanie z uwzględnieniem przywilejów z art. 61 § 1 k.k., jednakże z powodu braku wniosku prokuratora takie orzeczenie nie może zostać wydane. Ponadto w sytuacji odwrotnej, gdy chociaż zmaterializowana została inicjatywa oskarżyciela publicznego w postaci wniosku, to nie nakładałoby to na sąd obowiązku zastosowania odstąpienia od wymiaru kary wobec sprawcy. Nie zapewniłoby to wyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy, jak jest to podnoszone przez twórców projektu. Jeżeli sąd nie miałby obowiązku

³² Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dn. 18 maja 2007 r., druk sejmowy nr 1756, pkt 31.

³³ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dn. 18 maja 2007 r., druk sejmowy nr 1756, s. 41.

³⁴ P. Gensikowski, *Odstąpienie od ukarania wobec tzw. małego świadka koronnego...*, s. 32.

orzekania z uwzględnieniem art. 61 § 1 k.k. w przypadku złożenia wniosku, to bezspornie nie przekona to sprawcy do ujawnienia wszystkich okoliczności sprawy. Z uwagi na powyższe należy podzielić zaprezentowane uwagi krytyczne. Na marginesie wskazując, nie można zapominać o regulacji zawartej w art. 9 § 2 k.p.k., a mianowicie, że strony i inne osoby bezpośrednio zainteresowane mogą składać wnioski o dokonanie również tych czynności, które organ może lub ma obowiązek podejmować z urzędu. Zezwolenie na aktywność stron w połączeniu z fakultatywnym zastosowaniem przez sąd instytucji opisanej w art. 61 § 1 k.k. w pełni umożliwi racjonalne i sprawiedliwe jej stosowanie z poszanowaniem praw oskarżonego.

5.Podsumowanie

Konstatacja powyższych rozważań sprowadza się do uznania, iż interpretacja art. 61 § 1 k.k. wywołuje niebagatelne kontrowersje, zarówno w doktrynie prawa karnego jak i orzecznictwie. Niejako samoistnie nasuwa się postulowanie o legislacyjne zmiany w obrębie tego paragrafu, jednakże uznać należy, że pomimo pewnych rozbieżności, brzmienie przepisu pozwala na jego prawidłowe stosowanie w praktyce. Zdaje się, że ustawodawca pozostawił niezawisłym sądom pewną przestrzeń interpretacyjną, pozwalającą na elastyczne stosowanie tej kontrowersyjnej instytucji, bo polegającej na odstępieniu od wymierzenia kary wobec nawet najgroźniejszych przestępców działających w grupie. Takie stanowisko pozostaje w zgodzie z polityką karania, a jednocześnie gwarantuje skuteczność realizacji założeń, które legły u podstaw powołania konstrukcji tzw. małego świadka koronnego. Sądy powinny *in concreto* rozstrzygać, czy w stosunku do danego sprawcy wskazane jest zastosowanie art. 61 § 1 k.k. i nadmierna kazuistyka nie stanowi tutaj zagrożenia. Podkreślić jedynie należy, że dla tak łagodnego potraktowania oskarżonego, oprócz wymogów wynikających z art. 60 § 3 k.k., musi zaistnieć jeszcze co najmniej jedna okoliczność przemawiająca za odstępieniem od wymierzenia kary. Nie ma jednakże znaczenia, czy będzie to „podrzędna rola sprawcy”, czy fakt, że przekazane przez niego informacje przyczyniły się do zapobieżenia

popelnieniu innego przestępstwa, na co wskazuje wykładnia językowa przepisu. Stanowisko to staje się zasadne również wobec zmian, jakie wprowadza się nowelizacją k.k.³⁵ Ustawodawca bowiem, pomimo znacznych zmian w części ogólnej k.k., nie modyfikuje omawianego przepisu, a przecież analizowane spory interpretacyjne są znane teorii i praktyce prawa od początków funkcjonowania instytucji małego świadka koronnego i art. 61 § 1 k.k. Uznać należy, że legislacyjne zmiany nie stanowią remedium na zażegnanie doktrynalnych konfliktów. Właściwe stosowanie instytucji odstąpienia od wymierzenia kary stanowi sędziowskie imperium i wydaje się to najbardziej racjonalnym rozwiązaniem.

³⁵ Ustawa z dn. 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396).

BIBLIOGRAFIA

- Ćwiąkalski Z., *Wybrane problemy wymiaru kary za przestępczość zorganizowaną*, Prok.iPr. 12/2001.
- Ćwiąkalski Z., *Zasady wymiaru kary i środków karnych*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2012.
- Gensikowski P., *Odstąpienie od wymierzenia kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2011.
- Gensikowski P., *Odstąpienie od ukarania wobec tzw. małego świadka koronnego*, Prok.iPr. 2/2011.
- Hofmański P., L.K. Paprzycki, *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2012.
- Konarska-Wrzošek V., *Prawnokarne środki walki z przestępczością zawodową i zorganizowaną przewidziane w kodeksie karnym*, Prok.iPr. 3/2000.
- Kunicka-Michalska B., *Warunkowe umorzenie postępowania karnego w latach 1970–1977*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1982.
- Kuźma M., *Prawnokarne aspekty instytucji świadka koronnego in sua causa oraz in altera causa (art. 60 § 3-4 i art. 61 k.k.)*, [w:] *Nowa kodyfikacja prawa karnego. Tom XVIII*, Wrocław 2005.
- Łabuda G., *Zasady wymiaru kary i środków karnych*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Paśkiewicz J.K., *Świadek koronny in sua causa oraz in altera causa (art. 60 § 3-5 i art. 61 k.k.)*, Prok.iPr. 12/2001.
- Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 18 maja 2007 r., druk sejmowy nr 1756.
- Sienkiewicz Z., *Kodeks karny. Komentarz, Tom I*, red. O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski i in., Gdańsk 2002/2003 i 2005.
- Staczyńska A., *Odstąpienie od wymierzenia kary (art. 56 k.k.)* ZNIBPS 12/1979.

Staczyńska A., *Samoistna kara dodatkowa w orzecznictwie sądów*, NP 3/1979.

Surkont M., *Szczególne podstawy i sposób łagodzenia kary z art. 60 § 3-5 i art. 61 k.k.*, PS 11–12/1999.

Szmidt K., *Odpowiedzialność karna za przestępne współdziałanie na tle kodeksu karnego z 1997 r.*, CzPKiNP 2/1999.

Szymczak M., *Słownik języka polskiego*, t. I–III, Warszawa 1992.

Śliwiński S., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1946.

Świda W., *Projekt kodeksu karnego z 1983 roku ze stanowiska polityki kryminalnej*, PiP 4–5/1969.

Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego, [w:] *Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego, Kodeks karny wykonawczy*, Wydawnictwa Prawnicze 1997.

Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 18 maja 2007 r., druk sejmowy nr 1756.

Waszczyński J., *Kary dodatkowe w nowym kodeksie karnym*, PiP 10/1969.